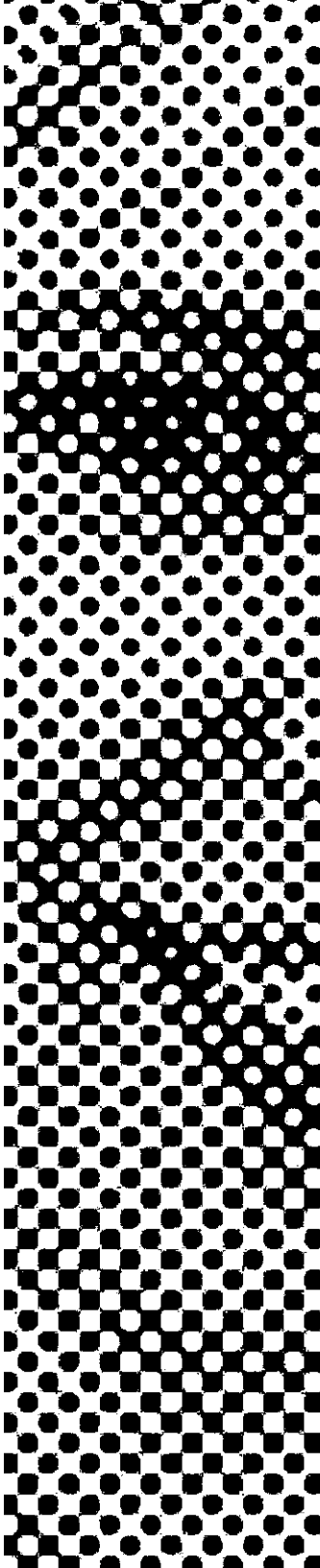
Documento

Intrucción 2/2006
Sobre el fiscal
y la protección del derecho
al honor, intimidad y propia
imagen de los menores



Universidad Pontificia de Salamanca

Sobre el fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores

1. Introducción

El respeto por los derechos de los menores ha de ser seña de identidad de nuestro sistema de convivencia. Si ya desde el Preámbulo la Constitución declara su voluntad de proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos, promover el progreso de la cultura y establecer una sociedad democrática avanzada, el art. 10 de la Carta Magna coloca entre las bases del orden político la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, tan unido este último a la protección a la infancia.

Los arts. 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal).

La condición del menor como persona en situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación de numerosas instituciones, en las que el ordenamiento trata de reforzar su protección. Esta idea-fuerza aparece con claridad cuando el Código Penal protege la intimidad, la libertad sexual o cuando la legislación civil protege la intimidad y la propia imagen de los menores: en estos casos se les tutela frente a los ataques actuales y simultáneamente se les protege para hacer factible el desarrollo de su personalidad y en definitiva, para que puedan ejercer con plenitud sus derechos en el futuro. La necesidad de velar por el desarrollo integral del menor, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez hace que el ordenamiento le otorgue una protección de especial intensidad.

El principio rector que anima la presente Instrucción es promover el respeto al honor, la intimidad y la imagen de los menores. Debe, no obstante, reconocerse que ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concien-

Universidad Pontificia de Salamanca

ciación social que asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico.

Si las funciones que la Constitución atribuye al Fiscal son todas de un profundo calado ético, las más sensibles, necesarias y de inexcusable observancia son las relacionadas con los menores, toda vez que éstos, por propia definición, necesitan de otros para obtener amparo. El Ministerio Fiscal debe decididamente asumir el papel protagonista que nuestro ordenamiento expresamente le ha querido atribuir como defensor de la esfera de la privacidad de los menores.

No parte en esta materia nuestra Institución de cero. El celo con el que el Fiscal debe velar por el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores aparece reiteradamente invocado en la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado.

Así, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, dictada antes de los trascendentales cambios introducidos por la LO 1/1996, para los casos en que la divulgación de la noticia permita prever una intromisión en la intimidad o en la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, instaba a los Fiscales a valorar "la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y, en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia a fin de advertir a aquellos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse", apuntándose como vía de intervención en los casos de continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad por "reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia" la evaluación de si concurre situación de desamparo del menor conforme al art. 172 CC.

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 exhorta al Fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho.

Por su parte, la Circular 1/2001, de 5 de abril, relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles dispone que los Sres. Fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes

Universidad Pontificia de Salamanca

e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces.

Esta misma Circular exhorta a los Fiscales para que en todos los procesos que afecten a menores orienten su actuación conforme a los principios recogidos en el art. 11.2 de la LO 1/1996… primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y de manera particular para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento.

Finalmente la Instrucción 3/2005, de 7 de abril sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, se pronunciaba en el ámbito de las informaciones sobre asuntos penales en el sentido de que el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado.

Por medio de esta nueva Instrucción la Fiscalía General del Estado pretende por un lado abordar sistemáticamente la materia y por el otro dar por primera vez pautas exegéticas a la luz de la LO 1/1996, de 15 de enero, que introdujo disposiciones que fortalecen extraordinariamente la posición del Fiscal como valedor de los derechos de los menores, dotándole de una legitimación con una amplitud no reconocida en la anterior LO 1/1982.

2. Concepto de menor

De conformidad con lo dispuesto tanto en el art. 1 de la Convención de Derechos del Niño como en el art. 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, puede afirmarse a los efectos abordados que son menores las personas de menos de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Aunque en principio la ley nacional del menor de 18 años puede atribuirle la plena capacidad por debajo de dicha edad, habrá de partirse conforme a las previsiones de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre y de la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de que se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

Respecto de los criterios para la determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados, habrá de estarse a las pautas introducidas por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio.

Por consiguiente, los Sres. Fiscales como regla general habrán de promover las acciones en defensa de los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español sin distinciones por razón de nacionalidad.

No obstante, en el caso de menores formalmente emancipados, el artículo

Universidad Pontificia de Salamanca

323 CC establece que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, -entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen- que, además, han de interpretarse restrictivamente. Las mismas consideraciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC).

Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor, intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos en el art. 3 LO 1/1982.

Distinto debe ser el abordaje del menor emancipado por vida independiente. Conforme al art. 319 CC se presume la emancipación del menor que a los 16 años viviere independiente de sus padres con el consentimiento de éstos. Sin embargo, en estos supuestos de emancipación tácita, los padres pueden revocar tal consentimiento, por lo que no puede decirse que produzcan el efecto extintivo de la patria potestad. *A fortiori*, un inadecuado ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de estos menores podría poner precisamente de relieve que los mismos no estaban debidamente preparados para vivir independientemente de sus padres, por lo que no deben quedar en esta materia exentos a priori de las intervenciones tuitivas del Ministerio Fiscal.

3. El menor como titular de los derechos

3.1 Marco normativo

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor se encuentran hiperprotegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.

El reconocimiento de una protección específica a los derechos de la personalidad de los menores se asume decididamente en el ámbito internacional y así el art. 16 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989 proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que "ningún niño será objeto de ingerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales ingerencias". También el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de Julio de 1992) declara que "todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en

Universidad Pontificia de Salamanca

la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor", y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. Así mismo debe tenerse presente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (concretamente el art. 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el estado), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (y específicamente su art. 10.3 que obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y específicamente contra la explotación económica y social) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (que en su art. 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales).

El valor que los Convenios internacionales adquieren en relación con los menores es además especialmente enfatizado por la Constitución. El art. 10.2 CE establece genéricamente que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritas por España. El art. 39.4 CE, ad *abundantia maior*, dispone que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

En el ámbito interno, la CE en su art. 18 reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el art. 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y "especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". El apartado 4º del art. 18 prevé la limitación por medio de ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el art. 105, b) CE a la vez que prevé que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento "o que afecte a la intimidad de las personas". Debe también tenerse presente que el art. 39 CE asume como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos.

Específicamente el art. 4.1 LO 1/1996 dispone que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva ha sido incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio. Esta ley dispone en su art. 1.5 que tiene por objeto defender los intereses

Universidad Pontificia de Salamanca

legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral.

El medio televisivo está obligado, pues, a proteger específicamente el honor, la intimidad y la propia imagen del menor, ya en el ámbito estatal, autonómico o local, y tanto los medios públicos como los privados. El art. 4 de la Ley 4/1980, de 10 de Enero, reguladora del estatuto de la Radio y la Televisión establece que "la actividad de los medios de comunicación del Estado se inspirará... en el principio de la protección de la juventud y de la infancia". Idénticos principios se asumen en la Ley 10/1988 de 3 de Mayo, de Televisión Privada, (art. 3), en la Ley 46/1983, de 26 diciembre, reguladora del tercer canal autonómico, (art. 5), en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres (art. 6) y en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (art. 3 e). Estos mismos criterios son seguidos por las normativas autonómicas.

En el ámbito del proceso civil los art. 138.2 y 754 LEC introducen disposiciones tendentes a preservar la intimidad de los menores.

En idéntica dirección el art. 35 LO 5/2000, de 12 de Enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), dispone que "...en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación".

La Ley también quiere preservar a toda costa la intimidad de los menores sometidos a medida de reforma: el art. 56.2 c) LORPM contiene una cláusula específica de protección de los menores internados en un centro de reforma al reconocérseles el derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros. El desarrollo reglamentario de la LORPM llevado a cabo por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de Julio, configura como principio general el de la confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen (art. 6.2.i). Este principio general se concreta en un haz de normas: el art. 12 al abordar el expediente personal del menor en la ejecución de la medida establece un acceso restringido y una obligación general de reserva; el art. 30, en cuanto a la normativa de funcionamiento interno de los centros; el art. 32 en cuanto a trámites después del ingreso; el art. 34 sobre el internamiento de madres con hijos menores; el art. 35, respecto de los traslados; el art. 37, respecto de la asistencia escolar y formativa; el art. 40.8 en cuanto a las comunicaciones y visitas de familiares y de otras personas; el art. 41 en relación con las comunicaciones con el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado y con otros profesionales y autoridades; el art. 54 en cuanto a vigilancia y seguridad y cacheos. Del mismo modo, el art. 2.4 del Real Decreto 1774/2004 en relación con los registros de menores se inspira en

Universidad Pontificia de Salamanca

la protección a ultranza de la intimidad del menor infractor.

Por su parte, el art. 13.3 LO 1/1996 contiene una auténtica cláusula general para la defensa de la intimidad en el ámbito de las actuaciones de protección de menores, estableciéndose que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

También debe mencionarse la contundente legislación penal que castiga el más grave de los ataques contra la intimidad y propia imagen de los menores: la pornografía infantil. Del mismo modo, el propio CP, al regular los tipos de delitos contra la intimidad, estructura como tipo agravado la lesión a la intimidad del menor (art. 197.5 CP), asimilando estos ataques por razón de la edad del sujeto pasivo a los secretos que afectan al núcleo duro de la privacidad (datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual).

La preocupación de los poderes públicos por la protección de estos derechos de los menores ha llevado a que la mayoría de los Legisladores autonómicos hayan promulgado sus propias disposiciones, en esencia reiterando lo dispuesto en el art. 4 de la LO 1/1996, (vid. art. 8 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia) e imponiendo además a las Administraciones autonómicas la obligación de dar cuenta al Ministerio Fiscal de cuantas actuaciones lesionen el honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen de los menores (vid. art. 10.3 de la Ley 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y Adolescencia, de Cantabria; art. 35 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid; art. 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero, de Protección del Menor; art. 6 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 11.3 de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón; art. 21 de la Ley 14/2002, de 25 de julio, de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; art. 11.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor de Castilla-La Mancha; art. 15 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Estas disposiciones autonómicas también generan obligaciones para las respectivas Administraciones en relación con la salvaguarda de estos derechos de los menores (vid. art. 9 de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes de Cataluña y arts. 19 e, 43 y 45 de la Ley 27/2001, de 31 de diciembre, de justicia juvenil de Cataluña; arts. 13 y 86 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, de la Comunidad Autónoma de Canarias; art. 3 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre, de la Infancia en Valencia; art. 4 e) de la Ley 7/1995, de 21 de marzo, de Guarda y Protección de los Menores Desamparados en Baleares; art. 8 de la Ley

Universidad Pontificia de Salamanca

3/1997, de 9 de junio, de la familia, la infancia y la adolescencia, de Galicia).

Incluso alguna legislación autonómica aborda las obligaciones del Fiscal, pese a lo dispuesto en el art. 3.16 EOMF. Así, en el País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, establece en su art. 10 b) que en los casos en que los derechos "queden vulnerados por la difusión de información o la utilización de imágenes o nombres de niños, niñas y adolescentes en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, el Ministerio Fiscal deberá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Tales actuaciones procederán incluso si consta el consentimiento del niño, niña o adolescente o de sus representantes legales". En la letra c) se dispone que en los casos a que se refiere la letra anterior, y sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del niño, niña o adolescente, el Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio o a instancia del propio niño, niña o adolescente o de cualquier persona interesada, física o jurídica, o entidad pública.

Estas previsiones de la Ley 3/2005 deben considerarse en total sintonía con lo dispuesto en el art. 4 LO 1/1996, por lo que ha de partirse de que no hay diferencias en la materia entre las obligaciones de los Fiscales en la Comunidad Vasca y las del resto de los Fiscales de España.

Idéntico comentario merece la regulación que el art. 17 de la reciente Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia contiene respecto a la regulación del honor, intimidad y propia imagen de los menores y las obligaciones de los Fiscales en la Comunidad Navarra.

3. 2. Criterios hermenéuticos en la jurisprudencia

De una interpretación sistemática de los arts. 18 y 20.1.d) CE se desprende sin duda una intensificación en la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen proyectado sobre los menores de edad. Esta protección reforzada ha sido puesta de manifiesto por la doctrina del TC (vid. STC nº 134/1999, de 15 julio).

En estos supuestos, la protección de los derechos del menor se antepone al ejercicio de otros derechos, y opera aunque la noticia ya hubiera sido divulgada con anterioridad, o aunque la información sea veraz (STC nº 134/1999, de 15 de julio).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha profundizado en esta idea. Así, la STS Sala 1ª, nº 621/2003, de 27 de junio declara que se ha de proteger la propia intimidad de todas las personas… y con mayor razón si se trata de la infancia, siempre más desvalida y por ello más vulnerable. La STS Sala 1ª, nº

Universidad Pontificia de Salamanca

782/2004, de 12 de Julio declara por su parte que "los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, art. 3, se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996…".

También el TEDH ha considerado que la protección de la juventud puede justificar la limitación de la libertad de expresión (vid. STEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside contra Reino Unido).

Estas líneas interpretativas han ido calando en la jurisprudencia menor, que ha asumido que nos encontramos ante un régimen de protección reforzado. La SAP Madrid, sec. 25ª, nº 90/2004, de 17 de febrero, califica de "especial protección" la que tienen garantizada los menores en relación a su intimidad. La SAP Madrid, sec. 20ª, nº 227/2005, de 19 de abril, certeramente declara que "la libertad de información que asiste a la demandada no justifica la lesión de los derechos de la menor…, que, precisamente por su condición de menor, debe ser especialmente protegida y no tiene la obligación de sacrificarse". La SAP Madrid, sec. 13ª, de 30 de abril de 2003, rec. 621/2002 considera que la LO 1/1996 "extrema y amplía" la tutela a los derechos de los menores respecto de la LO 1/1982. En este mismo sentido pueden citarse entre otras las SSAP Asturias, sec. 7ª, nº 96/2003, de 13 de febrero, Madrid, sec. 13ª, nº 83/2003, de 14 de noviembre, Álava, sec. 1ª,nº 293/2004, de 25 de noviembre y AAP Cádiz, secc. 6ª 18/2001, de 10 de abril.

En definitiva, puede decirse que ya se ha asumido por la jurisprudencia el criterio rector de que si bien todas las personas tienen derecho a ser respetados en el ámbito de su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de una manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define y por tratarse de seres en proceso de formación, mas vulnerables por tanto ante los ataques a sus derechos.

Es importante resaltar cómo la intimidad del menor se extiende a manifestaciones del ámbito familiar que les afecten aunque no se refieran específicamente a ellos. Así, el TC ha declarado que "el derecho a la intimidad se extiende también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen" (SSTC nº 231/1988, de 2 de diciembre, nº 134/1999, de 15 de julio).

En este sentido, la SAP Valencia, sec. 9ª º 145/2003, de 1 de marzo, declara que "la protección que confiere el artículo 18 de la Constitución Española abarca tanto las manifestaciones relativas a un menor directamente, como aquellas otras que afectan al ámbito de su familia, en el presente caso, al comportamiento de sus padres respecto de ellos mismos y de sus hermanos, como configuradores del ambiente familiar en el que se está desarrollando su infancia".

Universidad Pontificia de Salamanca

3. 3. Régimen general: LO 1/1982, de 5 de mayo

La LO 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, aborda las peculiaridades del ejercicio y protección de los derechos de los menores al regular el consentimiento ante los actos de intromisión, estableciendo dos reglas: el consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su intimidad o propia imagen deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (apartado primero del art. 3) En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez (apartado segundo del art. 3).

El tratamiento procesal de esa eventual oposición del Fiscal no ha sido desarrollado. El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, publicado en el mes de octubre de 2005 en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, dedica el capítulo VII del título III (arts. 98 y 99) a la regulación del procedimiento para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado conforme a los arts. 2 y 3 LO 1/1982 y para canalizar la oposición del Ministerio Fiscal, estructurándolo como una comparecencia contradictoria con resolución susceptible de recurso de apelación con efectos suspensivos.

Hasta tanto se apruebe la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, ante la falta de una regulación específica, siguiendo las pautas de la Instrucción 2/1993 podrá encauzarse la oposición del Fiscal a través de un expediente de jurisdicción voluntaria conforme a los arts. 1811 LEC 1881 y de acuerdo con la Disposición Transitoria 10ª.2ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, aunque tampoco debe descartarse la opción, postulada por un cualificado sector doctrinal y admitida por la propia Disposición Transitoria 10ª.2ª, de instar un procedimiento declarativo a través del juicio ordinario, conforme a lo dispuesto en el art. 248.1 y 249.2 LEC. Desde el punto de vista de la competencia territorial habrá de considerarse fuero preferente el del domicilio del menor o, en su defecto, el del lugar en que la pretendida difusión vaya a verificarse (vid. infra).

La Ley impone, pues, la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los menores no maduros, en un campo en el que la posibilidad de conflictos entre los intereses de los menores y los de sus progenitores es patente. Estas cautelas se constituyen en requisitos de *ius cogens* y por tanto no pueden ser objeto de disposición por las partes, ya que vienen impuestos en beneficio del menor, para la protección de sus intereses y defensa de sus derechos (vid. SAP de Pontevedra de 20 abril de

Universidad Pontificia de Salamanca

1994, Rollo de Apelación núm. 219/1993) con el único y primordial fin de proteger al menor (SAP Madrid, sec. 25ª nº 94/2004, de 17 de febrero).

El consentimiento que contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima es para adultos el expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores que esa expresión tenga forma escrita (SAP Barcelona, sec. 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001) y además este previo consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor "no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación" (SAP Madrid, sec. 13ª, de 30 de abril de 2003, rec. 621/2002).

La cooperación del Ministerio Fiscal se constituye así en una intervención "a modo de asentimiento, autorización o ratificación"… "sólo con la intervención del Fiscal el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. El consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la LO 1/1982, cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra, por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal (STS 816/1996 de 7 de Octubre).

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993 ya declaró que "la intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido -si éste existiera- para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente -art. 1301 CC- y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor -art. 164 y 168 CC- son sólo alguno de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal".

Sin embargo, debe constatarse que estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, los Sres. Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor.

Si por contra la intromisión en la intimidad o en la imagen del menor se considera contraria a sus intereses y se decide la interposición de demanda, la misma deberá fundamentarse en su caso, además de en los correspondientes motivos de fondo, en el incumplimiento de los requisitos cogentes del art. 3.2 LO 1/82.

Universidad Pontificia de Salamanca

El art. 3.1 LO 1/82 se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el Código Civil no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones especificas han sido múltiples pero infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectivo y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate. En todo caso y como se analizará, la relevancia del consentimiento del menor ante intromisiones a través de medios de comunicación queda, tras la LO 1/1996, muy debilitada.

3. 4. Régimen especial para las intromisiones a través de medios de comunicación: la LO 1/1996

La construcción de la teoría de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se erige alrededor del poder que los medios de comunicación van acumulando desde finales del siglo XIX. La relación entre el progresivo avance de la denominada sociedad de la información y el desarrollo dogmático y jurisprudencial de estos derechos no ha hecho sino acentuarse hasta nuestros días.

Al hilo de esta evolución, la LO 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, introduce un régimen protector reforzado frente a intromisiones en los derechos de los menores perpetradas por medios de comunicación.

Así, en el apartado 2º del art. 4 LO 1/1996 se establece que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

El apartado 3º declara que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar

Universidad Pontificia de Salamanca

y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Seguidamente, dando una dimensión funcional privilegiada al Ministerio Fiscal, el apartado 4º declara que sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

La intensificación en los niveles de protección y su publificación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.

Claramente se supera, pues, el sistema de la LO 1/1982, de manera que en el ámbito de las intromisiones realizadas a través de medios de comunicación, el consentimiento de los progenitores o del propio menor será -con las matizaciones que se realizarán infra- irrelevante, aunque se trate de un menor maduro, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses (vid. STS 778/2000 de 19 de julio, SSAP Asturias, sec. 7ª, nº 96/2003, de 13 de febrero y Madrid, sec. 12ª, de 30 abril 2001).

Si en estos casos el consentimiento proyectado se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal conforme a lo previsto en el art. 3 LO 1/82, éste deberá oponerse en el plazo de los ocho días concedido.

De la lectura de los preceptos citados cabe concluir con que cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, la ponderación entre los derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de expresión o de información en estos casos ha de quedar muy relativizada (SSAP Alava, sec. 1ª,nº 293/2004, de 25 de noviembre y Valencia, sec. 9ª, nº 145/2003, de 1 de marzo). El superior interés del menor habrá de ser, a la hora de colocar en la balanza los diferentes intereses en conflicto, el de mayor peso. Esta máxima aparece con claridad en resoluciones tales como la SAP Asturias, sec. 7ª, nº 96/2003, de 13 de febrero que considera que la salvaguarda del interés del menor se superpone "a todo otro de acuerdo con el principio recogido en el art. 2 de supremacía del interés del menor".

4. Posición del Ministerio Fiscal

El art. 4 de la LO 1/1996 introduce expresamente la legitimación directa y autónoma del Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte. Se impone al Ministerio Fiscal la obligación de ac-

Universidad Pontificia de Salamanca

cionar en los casos en que la inmisión a que se refiere el art. 4 se produzca a través de un medio de comunicación. El Fiscal no tiene en este ámbito funcional una legitimación subsidiaria sino que deberá actuar cuando proceda aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad.

Subyace sin duda en la Ley un interés en que la protección de los derechos de los menores trascienda o desborde al deber de protección de los titulares de la patria potestad, erigiéndose en una prestación pública, en tanto que se configura como una obligación para un órgano estatal. Ahora bien, un arma de tan grueso calibre debe utilizarse con mesura, ponderando todos los intereses en conflicto.

Especialmente deberá valorarse si la intromisión ha contado o no con el consentimiento de los progenitores del menor no maduro. La preferencia de la LO 1/1996 por la tutela pública de los derechos al honor, intimidad e imagen del menor, debe también interpretarse sistemáticamente en relación con las facultades inherentes a la patria potestad reconocidas en los art. 154 y 162.1 CC, no pudiendo minusvalorarse *generatim* el papel de los padres. Por las mismas razones habrá también de valorarse si pese a tratarse de una intromisión no consentida, los representantes legales del menor se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos.

A los efectos de ponderar el valor de la opinión de los padres deberán distinguirse los supuestos en los que éstos tienen privada o suspendida la patria potestad, están imposibilitados para accionar, tienen un conflicto de intereses con los hijos o adoptan una irrazonable actitud de inhibición o pasividad, de aquellos otros supuestos en los que se trata de progenitores en pleno y adecuado ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad.

Habrá de ser regla general la intervención del Ministerio Fiscal en supuestos de ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales.

Habrá de ser excepción la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que -sin que concurra conflicto de intereses con el menor- sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo. Esta excepción habrá de estar basada en una cualificada intensidad lesiva de la intromisión.

Para apuntalar esta pauta, no ha de olvidarse que en el vuelco legislativo que la LO 1/1996 ha supuesto respecto de la LO 1/1982 en relación con las potestades de los progenitores puede inferirse que el Legislador contempla especial-

Universidad Pontificia de Salamanca

mente los supuestos de progenitores con conflictos de intereses con sus hijos. Así, la Exposición de Motivos de esta Ley declara que "…se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve".

A la hora de decidir si al amparo del art. 4 de la LO 1/1996, procede emprender acciones debe, pues, valorarse la posición de los progenitores en los casos en que éstos actúen adecuadamente respecto del menor, a fin de aquilatar si las circunstancias del caso concreto integran una "difusión contraria al interés del menor". Habrán de evitar los Sres. Fiscales injerencias improcedentes en las facultades inherentes a la patria potestad, procurando no incurrir en la paradoja de accionar contra la voluntad de los padres que prefieren soslayar la posible mayor difusión de la información que muchas veces se deriva del seguimiento de un proceso judicial. En este sentido habrá de ponderarse en su caso el riesgo y el impacto que pueda generar el denominado *strepitus fori* por lo que cuando sea previsible su concurrencia cabrá, dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes, adoptarse la decisión de no ejercitar las acciones correspondientes, en salvaguarda del principio del superior interés del menor. La Fiscalía General del Estado en su informe al Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor -antecedente prelegislativo inmediato de la LO 1/1996 que ya contemplaba la irrelevancia del consentimiento del menor y la legitimación autónoma del Ministerio Fiscal- ya postuló esta modulación en el ejercicio de acciones.

Del mismo modo, aunque la LO 1/96 debilita la eficacia justificadora del consentimiento del menor (art. 4.3 inciso final), la concurrencia del mismo debe sopesarse en cada caso, a la hora de concretar si se ha producido un perjuicio para sus intereses. No debe olvidarse que la propia Exposición de Motivos de la Ley considera que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos y que la LO 1/1996 parte de una concepción de los menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social. No puede por tanto asumirse una interpretación conforme a la cual se elimine radicalmente la facultad de los menores maduros de ejercitar los derechos de la personalidad, tan ligados al libre desarrollo de la misma. No puede hacerse tabla rasa de los principios generales que articulan la capacidad del menor maduro en nuestro ordenamiento (art. 162 CC) ni de los propios principios que inspiran la LO 1/1996, entre otros la obligación de dar audiencia al menor (art. 3 LO 1/1996) y el canon hermenéutico que obliga a interpretar restrictivamente las limitaciones a su capacidad de obrar (art. 2 LO 1/1996).

Este derecho del menor a ser oído, como *prius* en la labor para concretar cuál sea su interés se reconoce también en el art. 12 CDN y en la mayo-

Universidad Pontificia de Salamanca

ría de las leyes autonómicas sobre menores.

Por ello, habrá de oírse al menor antes de decidir sobre el ejercicio de acciones. Frente a una voluntad decididamente contraria del menor maduro no procederá ejercitar acciones en su nombre salvo que así lo requiera la propia entidad de la lesión de sus derechos o salvo que tras la audiencia del menor se llegue a la conclusión de que carece de madurez para autodeterminarse en la materia.

Debe recordarse en este punto la doctrina del TC que aprecia vulneración del art. 24.1 CE en los supuestos en los que el órgano judicial prescinde de otorgar un trámite específico de audiencia al menor cuando éste goza ya de suficiente juicio antes de resolver (SSTC nº 152/2005, de 6 junio y nº 221/2002, de 25 noviembre).

También es conveniente traer en este punto a colación las directrices que incorpora la Circular 3/1998, de 23 de diciembre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo, que expresamente hace en su ámbito una invocación general a la prudencia a la hora de promover demandas de protección de derechos fundamentales: "No cabe abrigar dudas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para emprender acciones en caso de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales. Y en tal sentido ha de pronunciarse, superadas anteriores vacilaciones, la Fiscalía General del Estado… No obstante, el Fiscal ponderará cuidadosamente el juego de los intereses concurrentes en cada caso y en principio deberá tomar conocimiento de la opinión de los particulares presuntamente afectados por la lesión, abriendo un cauce preliminar de información para audiencia de los afectados con el objeto de valorar la oportunidad y pertinencia de la impugnación del actuar administrativo. Los señores Fiscales harán por ello un uso prudente y ponderado de las facultades de legitimación inicial que en este ámbito jurisdiccional cabe reconocer al Ministerio Público".

Debe evitarse cualquier atisbo de arbitrariedad, riesgo cierto en una regulación en la que en principio se confía al Ministerio Fiscal la evaluación de los actos de los medios de comunicación que son o no contrarios a los intereses del menor, concepto que puede presentar en algunos casos contornos difusos.

Por otro lado, en la decisión a adoptar sobre si se presenta o no demanda también deberá tenerse en cuenta que las acciones del Fiscal en protección de los derechos del menor contra un medio de comunicación tienen un valor que trasciende del caso concreto para generar efectos preventivo generales, previniendo comportamientos similares por otros medios e irradiando mecanismos inhibitorios *erga omnes*.

La decisión del Fiscal de emprender y de mantener las acciones civiles debe estar presidida por el principio del su-

Universidad Pontificia de Salamanca

perior interés del menor. En algunos casos pueden confluir intereses contrapuestos entre el interés de la justicia en que hechos que lesionan la intimidad del menor sean civilmente sancionados, con el consiguiente valor ejemplificativo y el interés del concreto menor afectado, que puede verse gravemente lesionado por el propio decurso del proceso. En estos casos, la labor de ponderación del Fiscal habrá decididamente de decantarse por la prevalencia de este último interés.

No obstante, antes de resolver sobre estos intereses en oposición habrán de tenerse presentes los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento procesal para que el proceso en el que es parte o interviene el menor se desarrolle con las mínimas perturbaciones posibles para éste (art. 9.1 párrafo segundo LO 1/1996, art. 138.2, 365.2 y párrafo final de la regla 4ª del art. 770 LEC, añadido por la reforma operada por Ley 15/2005 de 8 julio).

No debe tampoco olvidarse que a la hora de calificar una conducta como atentatoria contra los intereses del menor deben analizarse todos los elementos concurrentes en cada caso, por lo que tratar de decantar pautas rígidas es labor estéril cuando no contraproducente, pues "no pueden hacerse aquí generalizaciones sobre reportajes en que aparecen menores de edad y dar conceptos abstractos sobre si atenta a su intimidad y a su imagen" (STS nº 287/2003, de 26 de marzo).

5. Especial referencia a la protección de la imagen del menor

Los usos sociales y la propia conducta del afectado han de tenerse presentes, en cada caso concreto, para definir si hay o no la lesión (art. 2.1 LO 1/1982). Sin embargo, cuando la intromisión tiene lugar a través de un medio de comunicación y afecta a un menor, vista la reducida operatividad que se reconoce a su consentimiento, no cabrá privarle de protección en base a una posible conducta exhibicionista del mismo, y menos aún, de la de sus progenitores o de otros familiares.

El rigor con el que se tutelan estos derechos hace que no legitime la utilización de la imagen del menor sin recabar consentimientos ni el hecho de que la misma se captara en una plaza pública ni que se empleara en una campaña publicitaria promovida por un ente público en una causa de interés general (STS nº 816/1996, de 7 de octubre). Tampoco legitima la utilización de la imagen del menor sin recabar consentimientos el hecho de que la publicación fuese editada por una Comunidad Autónoma y que tuviera por objeto una "información educativa" carente de toda finalidad crematística o económica (STS nº 888/1992, de 19 de octubre).

La imagen del bebé también es digna de protección pese a que los cambios fisiológicos que necesariamente operarán en el mismo harán muy difícil su ulterior identificación y consiguientes per-

Universidad Pontificia de Salamanca

juicios (SAP Madrid, sec. 18ª, de 10 noviembre 1998, recurso de Apelación núm. 700/1996) No obstante habrá de tenerse presente esta circunstancia a la hora de modular las peticiones de indemnización que, en su caso, se articulen en la demanda.

En principio, como declara la SAP Madrid, sec. 9ª, nº 210/2005, de 19 de abril "la intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen se produce… por la publicación de la fotografía del menor, con independencia de que las noticias que se acompañen a dicha fotografía puedan ser o no perjudiciales para el menor… sin que sea necesario para que exista dicha intromisión, que al lado de la utilización de la imagen de la persona, se recojan comentarios o expresiones que supongan un menoscabo en la fama o dignidad de la persona".

Pero en todo caso, no debe olvidarse que el derecho a la propia imagen a la vez que tiene una dimensión como derecho fundamental, puede tener otra de carácter estrictamente patrimonial, (v. gr. supuestos en los que habiéndose celebrado un contrato de cesión de aspectos relativos a la propia imagen, mediante precio, surgen *ex post* desavenencias en la ejecución del mismo). Cuando la controversia afecte exclusivamente a intereses patrimoniales, sin otra repercusión en el interés del menor, no será procedente la intervención del Ministerio Fiscal.

6. Protección de los derechos del menor y derecho a emitir y recibir información veraz

El pórtico para abordar esta problemática ha de ser la afirmación de que como los demás derechos fundamentales, el derecho a comunicar y a recibir libremente información no es un derecho absoluto (STC nº 138/1996, de 16 de septiembre).

Debe partirse de las siguientes pautas generales y comunes, exigibles para calificar de legítimo el ejercicio del derecho a informar:

1º Cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad. (SSTC nº 171/1990, de 12 de noviembre, nº 20/1992, de 14 de febrero y nº 121/2002, de 20 de mayo). El ejercicio de la libertad de información se justifica en relación con su conexión con asuntos públicos de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (SSTC nº 107/88, nº 138/1996, de 16 de septiembre).

Universidad Pontificia de Salamanca

2º Cuando resulta afectado el derecho a la intimidad no es primordial la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión (SSTC nº 197/1991, de 17 de octubre, nº 20/1992, de 14 de febrero, nº 115/2000, de 10 de mayo, nº 185/2002, de 14 de octubre, nº 127/2003, de 30 de junio).

3º El derecho a informar, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección (SSTC nº 138/1996, de 16 de septiembre, nº 185/2002, de 14 de octubre).

4º Es necesario proceder a una previa acotación de los derechos y libertades que entran realmente en conflicto pues la importancia de los criterios que han de ser tenidos en cuenta al afrontar la ponderación de los derechos y libertades en colisión varía notablemente según se trate de la libertad de expresión o de información, por un lado, y de la protección del derecho al honor, la intimidad o a la propia imagen, por otro (SSTC 46/2002, de 25 de febrero, nº 148/2002, de 15 de julio, nº 127/2003, de 30 de junio).

5º La relevancia pública de la información no puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena (SSTC nº 20/1992, de 14 de febrero, nº 134/1999, de 15 de julio). Es esa relevancia comunitaria -y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena- lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC nº 171/1990, de 12 de noviembre, nº 20/1992, de 14 de febrero, nº 134/1999, de 15 de julio, nº 121/2002, de 20 de mayo, nº 185/2002, de 14 de octubre, nº 127/2003, de 30 de junio).

Así, es antijurídica una información relativa a los detalles de una adopción y de sus protagonistas, porque no posee relevancia pública al no servir al interés general en la información, y porque no se refiere a un asunto público entendido como acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (STC nº 134/1999, de 15 de julio).

El tratamiento informativo del menor debe, estar presidido por ese principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. Desde esta perspectiva, cuando los mismos estén inmersos en hechos noticiosos que efectivamente tengan relevancia pública deberán preservarse sus derechos cuando su aparición en los medios pueda serle perjudicial.

Universidad Pontificia de Salamanca

La STC nº 62/1982, de 15 de octubre ha resaltado el valor de la protección de la infancia como uno de los límites constitucionales expresamente establecidos para el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20: "El legislador puede fijar restricciones… dentro de la cual se comprende muy señaladamente -hasta el punto de que la Constitución alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia".

En este mismo sentido declara el TC que el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, viene a erigirse en "límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz" (SSTC nº 134/1999, de 24 de mayo; nº 127/2003, de 30 de junio).

El principio del interés del menor como límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz es asumido por el Tribunal Supremo "incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral" (STS nº 704/2004, de 30 de junio)".

En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente un interés más: el superior interés del menor, que además y conforme al art. 2 de la LO 1/1996 debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. En este sentido declara la SAP Murcia, sec. 4ª, nº 106/2000, de 15 de abril la "incuestionable primacía del interés del hijo… preferencia que no decae ante el indudable interés social también perseguido, y sin duda obtenido, con el reportaje litigioso". También merece reseñarse la SAP Barcelona, sec. 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001 que proclama "la incuestionable primacía del interés del hijo menor, valor prevalente".

Determinadas informaciones de interés público que justificarían la identificación de los protagonistas como parte de la noticia no la justifican cuando tal protagonista es menor de edad. En estos casos si la difusión de la misma puede ser contraria a sus intereses lo procedente será limitar los datos identificativos a las iniciales del nombre del menor. Al tratar del requisito de la relevancia pública y la inserción en la noticia de los datos o señas de identidad de las personas intervinientes en el hecho, la STS nº 321/2001, de 29 de marzo, tras declarar con carácter general que el derecho de información no tiene limitaciones que puedan imponer los órganos jurisdiccionales, tales como los datos de identidad, pues "la información comprende toda la noticia, no parte de ella", reconoce no obstante que "la limitación puede ser impuesta por ley, como las relativas a los menores que impone el art. 4.2 y 4.3 de la ley Orgánica 1/1996…".

En este sentido, se han considerado antijurídicas informaciones que, aun referidas a hechos noticiosos, incluyen la identidad del menor, conteniendo la noticia aspectos negativos para el mismo (STS nº 631/2004, de 28 de junio, SAP Asturias, sec. 7ª nº 96/2003, de 13 de febrero).

Universidad Pontificia de Salamanca

Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público aunque afecte a un menor siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que se utilicen medios técnicos que distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse con la adopción de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que puedan llevar a su identificación.

Siguiendo estas pautas se ha considerado ajustada a derecho la información sobre menores veraz y de interés público cuando se adoptan cautelas tales como aplicar una franja negra cubriendo los ojos en las imágenes publicadas identificándolos sólo por las iniciales (SAP Barcelona sec. 16ª, de 1 junio 1999; en el mismo sentido, SSAP Sevilla, sec. 6ª, nº 99/2004, de 23 de febrero y Madrid, sec. 13ª, nº 83/2003, de 14 de noviembre).

Paradigmática a estos efectos es la STS nº 717/2004, de 7 de julio, cuando declara que "el sujeto pasivo era una menor, cuyos derechos merecen una especial protección, por lo que los mismos no debían ser sacrificados aunque se tratase de comunicar una información exenta de ánimo de lucro y hasta socialmente relevante por la finalidad que pretendía. Igualmente ha de tenerse en cuenta que existen procedimientos técnicos para evitar la identificación de la interesada, a los cuales no se recurrió en el supuesto de autos, pudiendo haberlo hecho".

Tampoco debe incurrirse en extremismos injustificados. Ha de partirse de que tanto los menores como los medios de comunicación forman parte de la sociedad y de la vida ordinaria, y de que la especial tutela del honor, intimidad e imagen de los menores no implica la expulsión de éstos de los medios. Incluso deben admitirse supuestos para los que no sean necesarios ni consentimientos ni autorizaciones, cuando la afectación a los derechos sea irrelevante si, de acuerdo con los usos sociales, la emisión de la imagen o ciertos datos del menor puede considerarse totalmente inocua para sus intereses.

En este sentido puede considerarse ilustrativa la SAP Valencia, sec. 7ª nº 86/2002, de 13 de febrero, que declara que "la utilización de la imagen de la menor, captada en la vía pública en un acto de alta participación popular, no atenta contra su derecho a la imagen, no sólo porque el fotometraje es respetuoso con la menor, pues aparece vestida de fallera en el acto de la ofrenda, sino, también, porque dicha imagen es

Universidad Pontificia de Salamanca

captada en un acto de masiva participación popular, resaltando el carácter accesorio, pues aparece tan sólo unos segundos, introduciendo el apartado dedicado la ofrenda, al igual que el resto de los apartados son introducidos por un fotomontaje alegórico de su contenido… el caso que se enjuicia no participa de los mínimos requisitos para el reconocimiento de la vulneración del derecho ya que la imagen de la menor fue captada en la vía publica al participar en los actos falleros, no constituyendo el objeto principal de la divulgación de imágenes…".

En el bien entendido que se trata ésta de una materia casuística por definición, en la que consiguientemente cada caso concreto habrá de resolverse mediante la técnica de ponderación, pueden darse los siguientes criterios generales:

1) La Fiscalía no actuará de oficio ni apoyará la demanda de padres o tutores contra un medio que difunda imágenes de un menor cuando se trate de informaciones relativas al mundo infantil tales como inauguraciones del curso escolar, visitas de autoridades a centros infantiles, desfiles de moda infantil, estrenos de películas o presentaciones de libros para niños siempre que las propias circunstancias que rodeen al programa o a la información excluyan el perjuicio para los intereses de los menores y en tanto la imagen aparezca como accesoria de la información principal.

2) No habrá de considerarse con carácter general antijurídica la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal. Así por ejemplo, informaciones sobre lugares abiertos al público acompañadas de tomas generales en las que aparezcan los usuarios; o tomas de espectáculos públicos, conciertos o similares (siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos cuya asociación con la imagen del menor pudiera reportarle a éste perjuicios).

3) Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado (v.gr. reportaje sobre barriada en la que se vende droga, o sobre consumo de alcohol entre adolescentes, supuesto este último específicamente tratado en la STS nº 677/2004, de 7 de julio o sobre prostitución masculina, abordado por el ATC nº 5/1992, de 13 de enero).

4) La difusión de noticias veraces y de interés público que afecten a menores de edad y que pueda generarles un daño a su reputación, intimidad o intereses, estará amparada por el ordenamiento siempre que no sean éstos identificados (mediante empleo de sistemas de distorsión de imagen o voz, utilización de iniciales, y mediante la exclusión de datos que directa o indirectamente lleven a la identificación del menor).

En el tratamiento informativo de menores víctimas de delitos debe partirse

Universidad Pontificia de Salamanca

de que no hay ninguna duda en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC nº 178/1993, de 31 de mayo, nº 320/1994, de 28 de noviembre; nº 154/1999, de 14 de septiembre, nº 185/2002, de 14 de octubre) y de que reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC nº 219/1992, de 3 de diciembre; nº 232/1993, de 12 de julio, nº 52/2002, de 25 de febrero, nº 121/2002, de 20 de mayo, nº 185/2002, de 14 de octubre).

Sin embargo, cuando la información revela datos sobre la víctima y permiten su completa identificación, exceden de cuanto puede tener trascendencia informativa y por ello ese contenido concreto de la información no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE (SSTC nº 185/2002, de 14 de octubre, nº 127/2003, de 30 de junio).

Pues bien, la necesidad de preservar la identidad de la víctima se intensifica cuando la misma es menor de edad.

Especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima habrán de ser los señores Fiscales cuando además de ser ésta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual, por la misma índole de este tipo de informaciones y en tanto pueden originar devastadores efectos en la evolución de las víctimas, multiplicando los daños generados por los hechos en sí. En estos casos deben redoblarse las garantías. Habrá de evitarse no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales (identificación de su familia próxima, imágenes de su domicilio etc.) que sean aptos para facilitar la identificación de las víctimas (SSTC nº 127/2003, de 30 de junio y nº 185/2002, de 14 de octubre, SAP Madrid, sec. 25ª, nº 90/2004, de 17 de febrero y SAP Madrid, sec. 10ª nº 1095/2004, de 30 de noviembre, SAP Oviedo, sec. 1ª de 9 de febrero de 1995).

Mención aparte merece el supuesto de la publicación, para ilustrar una información sobre hechos noticiosos, de la fotografía de un menor fallecido. En estos casos, aun manteniéndose un interés jurídico digno de protección, si la publicación ha contado con el consentimiento de los que en vida del menor eran sus representantes legales, no procederá el

Universidad Pontificia de Salamanca

ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal.

7. Menores y progenitores con notoriedad pública

El art. 8.2 a) de la LO 1/82 dispone que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

La tutela de los derechos a la intimidad y a la propia imagen se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares son personas públicas o con notoriedad pública, estando obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general (SSTC nº 99/2002, de 6 de mayo, nº 112/2000, de 5 de mayo, nº 49/2001, de 26 de febrero, nº 115/2000, de 10 de mayo; STEDH caso Tammen, del 6 de febrero de 2001).

No obstante, las anteriores afirmaciones deben inmediatamente ser matizadas en el sentido de que si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC nº 83/2002, de 22 de abril, nº 134/1999, de 15 de julio, nº 115/2000, de 10 de mayo. En el mismo sentido, STS nº 674/2004, de 7 de julio).

También debe recordarse que aunque la noticia se refiera a un personaje público, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE (SSTC nº 134/1999, de 15 de julio, nº 171/1990, de 12 de noviembre y nº 197/1991, de 17 de octubre, entre otras).

Pero además en este punto debe respetarse el principio general de que la notoriedad pública como factor modulador de la intensidad del derecho a la intimidad y a la propia imagen en cada caso solamente es aplicable a los progenitores que estén revestidos de tal nota, sin que quepa transferir tales efectos a sus hijos menores, como por lo demás han asu-

Universidad Pontificia de Salamanca

mido tanto el TC (vid. STC nº 134/1999, de 15 de julio) como el TS (vid. STS Sala 1ª, nº 782/2004, de 12 de Julio) como la jurisprudencia menor (vid. SSAP Madrid, sec. 9ª, nº 210/2005, de 19 de abril, Madrid, sec. 25ª nº 94/2004, de 17 de febrero y Barcelona, sec. 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001).

Los Sres. Fiscales habrán de partir, pues, de que los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derecho al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena, sean cuales sean las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que éstos hayan hecho de sus derechos.

Los casos de personajes públicos que explotan el relato de sus intimidades, incluyendo en éstos las de sus hijos, habrán de ser tratados por el Fiscal, de acuerdo con el principio del superior interés del menor y de su legitimación autónoma, de modo y manera que, ponderando las circunstancias concurrentes, procederán en su caso a entablar la correspondiente demanda en interés del menor y contra sus progenitores y el medio.

Los supuestos de reproducción de imágenes de menores cuando van acompañados de sus progenitores-personajes públicos deben contar para que sean ajustados a Derecho con el consentimiento de éstos o del menor maduro, siempre que no sean contrarias a sus intereses. En caso de difundirse tales imágenes sin ningún tipo de consentimiento y sin emplear mecanismos de distorsión de la imagen, podrán, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, ejercitarse las correspondientes acciones civiles.

En todo caso habrá de tenerse presente que la utilización de mecanismos de distorsión de la imagen no habrá de llevar a calificar automáticamente la inmisión como conforme a Derecho. Debe partirse de que en ocasiones, la previa operación de captación de la imagen del menor ya de por sí supone un antijurídico atentado a su intimidad, aunque la imagen captada no llegue a reproducirse o a publicarse y aunque consiguientemente no se produzca la consumación de la lesión al derecho a la propia imagen. El acoso, abordaje o seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje famoso cuando el mismo está acompañado de sus hijos menores y en ámbitos de la vida privada (traslados al colegio, a actividades recreativas, paseos privados, asistencias a parques infantiles etc.) puede ser en sí gravemente lesivo para los mismos y por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor. Desde esta perspectiva adquiere toda nitidez la construcción de este derecho -distinto del derecho a la propia imagen- sobre lo que en los orígenes de su depuración dogmática el Juez Cooley llamó "the right to be let alone", "el derecho a que nos dejen en paz".

En este punto debemos hacer un recordatorio de algunos aspectos del de-

Universidad Pontificia de Salamanca

recho a la intimidad en la doctrina constitucional, que implica en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE, la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC nº 231/1988, de 2 de diciembre 197/1991, de 17 de octubre; 57/1994, de 18 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 156/2001, de 2 de julio; 127/2003, de 30 de junio, nº 196/2004, de 15 de noviembre, entre otras).

El art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC nº 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre, 115/2000, de 10 de mayo y nº 196/2004, de 15 de noviembre, entre otras). De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC nº 44/1999, de 5 de abril; 207/1996, de 16 de diciembre; 292/2000, de 30 de noviembre; 70/2002, de 3 de abril) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (SSTC nº 83/2002, de 22 de abril, nº 196/2004, de 15 de noviembre, entre otras).

El art. 18.1 CE impide, por tanto, las injerencias en la intimidad "arbitrarias o ilegales". De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida. (SSTC nº 110/1984, de 26 de noviembre, nº 196/2004, de 15 de noviembre).

Si esta doctrina es aplicable a cualquier persona, tanto mas lo será si es menor y por tanto amparado por la hiperprotección que brinda nuestro ordenamiento, sea o no hijo de persona con dimensión pública.

En supuestos extremos cabrá entender que los menores que por sí puedan considerarse personas públicas o con notoriedad pública (artistas menores, por ejemplo) también pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 8.2 a), LO 1/82. Pero incluso en estos supuestos tal precepto habría de interpretarse de forma estricta en cuanto a la subordinación de las captaciones a que tengan lugar durante un acto público o en lugares abiertos al público. Inclu-

Universidad Pontificia de Salamanca

so la captación en lugares abiertos al público habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que pudieran perturbar el decurso de la vida cotidiana del menor en ámbitos alejados de su dimensión pública o cuando vinieran acompañados de actos de acoso, o seguimiento desproporcionados. De nuevo en estos supuestos aunque no sufra el derecho a la propia imagen, puede ser gravemente dañado el derecho del menor a que se respete su intimidad.

8. Actuaciones preprocesales

El párrafo último del art. 5 EOMF, en su redacción dada por la Ley 14/2003 de 26 Mayo dispone que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye. Por tanto, quedan superadas las dudas que se planteaban por la anterior inexistencia de una disposición expresa que permitiera al Fiscal tener un soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil. Consiguientemente podrán los Sres. Fiscales utilizar estas diligencias para recabar los datos que consideren de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse.

Este cauce será también el adecuado para oír al menor y en su caso a los progenitores, cuando proceda, para valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de acciones.

Debe también recordarse que conforme al art. 10 de la LO 1/1996 el menor puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que promueva las acciones oportunas. Estas puestas en conocimiento también habrán de dar lugar a la incoación de las correspondientes diligencias preprocesales.

9. Régimen procesal

Conforme al art. 249.4º LEC se decidirán en el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía las pretensiones sobre tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente.

Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia cabrá en todo caso recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el vigente art. 477.2.1º LEC. De aprobarse el Anteproyecto de Ley en materia de casación actualmente en tramitación, el nuevo art. 478 exigirá en todo caso como presupuesto de la casación que el recurso presente interés casacional.

Por otra parte, debe recordarse que aunque el artículo 524.5 LEC establece que "la ejecución provisional de las sentencias en que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente", la propia ordenanza procesal en su

Universidad Pontificia de Salamanca

artículo 525, establece un elenco de sentencias que específicamente quedan excluidas de la ejecución provisional; entre otras los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, exclusión fruto de la reciente reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 19/2003, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Habrá de tenerse en cuenta que conforme al art. 52.1.6º LEC, será competente territorialmente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Este fuero es imperativo, conforme a lo dispuesto en el art. 54.1 LEC, no cabiendo por tanto sumisión, ni expresa ni tácita. Este nuevo fuero trata de reforzar la posición jurídica del demandante, normalmente la parte procesal más débil en el pleito contra el medio de comunicación, permitiéndole entablar el combate procesal ante los Juzgados de su propio domicilio.

Claro es que cuando el Fiscal asuma la posición de demandante, tales criterios deben reinterpretarse.

Deberán los Sres. Fiscales partir de que en tanto el Fiscal está legitimado en defensa de intereses ajenos, y en tanto el titular de la pretensión procesal es el menor cuyos derechos se han conculcado, sería en principio competente el Juez del domicilio del menor afectado por la información.

Existirán supuestos en los que en atención bien al domicilio del menor en el extranjero o bien incluso al desconocimiento del domicilio de éste, tal criterio no sea aplicable. En estos casos en tanto en cuanto el Ministerio Fiscal no tiene propiamente domicilio, habrá de aplicarse la regla subsidiaria: el lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Por tanto, habrá de presentar la demanda la Fiscalía del lugar donde se hubieran producido los hechos y lo deberá hacer conforme al fuero territorial de la localidad en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión.

La Fiscalía territorial que venga en conocimiento de hechos que en principio pueden obligar al ejercicio de acciones, a través de las diligencias preprocesales habrá de practicar gestiones para determinar el fuero aplicable, remitiéndolas, en su caso, a la Fiscalía que conforme a los criterios expuestos supra pueda considerarse competente.

Si se suscitarse controversia entre diferentes Fiscalías, por razón de la competencia para conocer de los hechos, habrán de aplicarse mutatis mutandis los criterios establecidos por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000, de 27 de diciembre, de manera que de no existir acuerdo en sus comunicaciones, se remitirá copia de ella con informe para su resolución al Fiscal Jefe de la Fiscalía del

Universidad Pontificia de Salamanca

TSJ, si la misma fuera órgano fiscal superior común. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado. El superior jerárquico sin más trámites decidirá lo que proceda en orden a la atribución de competencia.

10. Petitum

Conforme al artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima y la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, valorándose también el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

La labor evaluadora de los perjuicios es esencialmente casuística, debiendo tenerse presente todas las circunstancias concurrentes, tanto en el perjudicado como en el responsable civil y la extensión y difusión del acto de inmisión.

La indemnización a solicitar es siempre a favor de los menores cuyos derechos han sido transgredidos. En este punto habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados habrán de interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga. Entre estas posibles medidas cabría adoptar la de interesar el ingreso de la indemnización en régimen de plazo fijo bancario hasta la mayoría de edad, o el nombramiento de administrador judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 167 CC. No debe olvidarse que el art. 158.4 CC proporciona una sólida base para que el órgano jurisdiccional adopte las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

11. Derecho a que se dé difusión de la sentencia

Conforme al art. 9.2 LO 1/82 la tutela judicial comprenderá…la difusión de la sentencia.

Sin embargo, las características propias de los menores hacen necesario matizar la aplicación de tal precepto.

La difusión de la sentencia en el medio generalmente no contribuirá a la reparación del daño, sino que, por el contrario, puede trasladar de nuevo a la opinión pública los hechos que se han considerado perjudiciales para el menor. Dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales postularán, bien una publicación parcial de la sentencia, evitando perjuicios al menor, bien pura y llanamente, interesarán la no aplicación del art. 9.2 LO 1/1982 cuando la publicación en sí pueda ser contraria al superior interés del menor. En este sentido se han pronunciado las SSAP Madrid, sec. 13ª nº 83/2003, de 14 de noviembre, Madrid, sec. 19ª

Universidad Pontificia de Salamanca

193/1999, de 11 de marzo y Sevilla, sec. 6ª nº 99/2004, de 23 de febrero.

No obstante debe también tenerse en cuenta que en otros supuestos la publicación de la sentencia será adecuada -y especialmente útil como mecanismo inhibitorio de reiteraciones por parte del medio- por no arrastrar adicionales consecuencias negativas para el menor (v. gr. supuestos de intromisiones en la propia imagen no acompañadas de lesiones al honor ni a la intimidad).

12. Sujetos responsables

Ni la LO 1/1982 ni la LO 1/1996 abordan la determinación de los sujetos responsables en la intromisión en los casos en los que el ataque al derecho fundamental tiene lugar a través de medios de comunicación, supuestos en los que pueden intervenir en el resultado una pluralidad de personas.

En esta labor de determinación de los responsables frente a los que interponer la correspondiente demanda, los Sres. Fiscales habrán de atender con carácter general a las pautas que a continuación se exponen, sin perjuicio de ponderar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes.

En primer lugar debe tenerse presente que la Ley 14/1966, de 18 de Marzo, de Prensa e Imprenta dispone en su art. 65.2 que "la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario".

La vigencia de este precepto ha sido afirmada con reiteración, tanto por el Tribunal Constitucional (SSTC nº 171 y nº 172/1990, ambas de 12 de noviembre) como por la jurisprudencia del TS (vid. STS nº 1216/1998, de 22 de diciembre y las en ella citadas).

Recientemente ha vuelto a declarar el TS siguiendo las SSTC 171 y 172/1990 que "el artículo 65.2 de la Ley de 1966 no es incompatible con la libertad de expresión y el derecho a la libre información… porque la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y a la empresa editora le corresponde la libre designación del director" (STS nº 734/2003, de 10 de Julio).

La jurisprudencia aplica la responsabilidad solidaria y sucesiva o "en cascada" establecida en el art. 65.2 de la Ley 14/1966 de 18 de Marzo, de Prensa e Imprenta, en armonía con los principios generales de responsabilidad extracontractual extraídos de los arts. 1.902 y siguientes del CC, estructurando un sistema de solidaridad pasiva de los intervinientes conforme al régimen de los arts. 1.144 y 1.145 CC.

Incluso esta conclusión puede obtenerse sin necesidad de acudir al art. 65.2,

Universidad Pontificia de Salamanca

como declara la STS nº 796/2004, de 7 de julio, de 4 de noviembre. En efecto, sin necesidad de utilizar este precepto, la solidaridad entre la dirección del medio y la empresa editora puede fundamentarse en que comparten la responsabilidad y en que al derivarse de un ilícito extracontractual, impera la solidaridad pasiva, siendo compatible y aplicable la normativa de los arts. 1.902 y ss CC.

Puede aplicarse analógicamente la disposición contenida en el art. 65.2 de la Ley de Prensa al ámbito de la radiodifusión. La norma contempla un supuesto semejante y entre ambos existe una identidad de razón, sin que se trate por su naturaleza de aplicar una Ley penal que impidiese el uso de la analogía (SSTS de 23 de julio de 1990 y 20 de mayo de 1993). Estos mismos criterios pueden trasladarse a otros medios audiovisuales.

La solidaridad permite accionar frente a cualquiera de los responsables y, por ende, no precisa se demande a todos (SSTS nº 69/2004, de 13 de febrero, nº 704/2004, de 30 de junio nº 734/2003, de 10 de Julio, nº 1216/1998, de 22 de diciembre).

Entre los responsables del acto ilícito se incluye a la empresa propietaria del medio (SSTS nº 69/2004, de 13 de febrero, nº 1216/1998, de 22 de diciembre) pues "la empresa propietaria, que actúa como soporte económico y organizativo del medio de comunicación, se halla vinculada a la responsabilidad que generan sus dependientes, empleados, representantes, o apoderados, y, entre éstos muy cualificadamente el director del medio" (STS nº 396/1992, de 22 de abril).

Es también evidente la responsabilidad propia y autónoma de los medios tanto gráficos como audiovisuales al difundir imágenes captadas por sus propios colaboradores o empleados o adquiridas a otros, sean agencias, profesionales libres e incluso particulares. Por ello "las cadenas de televisión… dedican cada vez más tiempo de su programación a difundir imágenes de personas más o menos famosas captadas por agencias o profesionales libres y que no pocas veces son las mismas en todas las cadenas, sin que ello pueda suponer el desplazamiento de la responsabilidad del medio que publica las imágenes a la agencia que se las cedió ni a la persona que las tomó o grabó, pues la experiencia demuestra que cada cadena de televisión, a la hora de editar y emitir las imágenes adquiridas, adopta las decisiones que considera más oportunas en orden a la mayor o menor identificabilidad de cada persona afectada". (STS nº 697/2004, de 9 de Julio).

A la hora de deslindar responsabilidades en medios radiofónicos o audiovisuales son interesantes las pautas que utiliza la STS nº 744/2004, de 5 de julio, que valora el hecho de que "el director organizó el programa, eligió el tema, lo anunció, trajo al entrevistado, le hizo preguntas, en cuyo contenido ofensivo se insistió" por ello concluye el TS con que "no puede pretenderse que queda al margen de lo que se dijo, por cuanto

Universidad Pontificia de Salamanca

ordenó su emisión y aceptó el contenido; su responsabilidad es directa". En los casos en los que las funciones de dirección y presentación no coincidan en una misma persona la responsabilidad puede alcanzar al presentador del programa de televisión o de radio cuando por las circunstancias concurrentes pueda afirmarse que tenía el dominio funcional del hecho (vid. SAP de Madrid, secc. 19, nº 193/1999, de 11 de marzo).

No obstante, la responsabilidad del impresor con buen criterio se relativiza pues "en la observación lógica de la realidad no se da culpa 'in vigilando' ni culpa 'in eligendo' en una empresa dedicada a la imprenta de publicaciones, cuando la impresión se refiere… a una publicación conocida y de ámbito nacional; sin que sobre parte de dicha publicación pueda estimarse que en la imprenta existe dominio sobre el contenido de sus reportajes… De ahí que no proceda la posible solidaridad… cuando se ha dado la individualización de las conductas" (STS nº 796/2004, de 7 de julio).

El régimen de solidaridad ante intromisiones llevadas a cabo desde los medios de comunicación es el que mas contribuye a una eficaz protección de los derechos del perjudicado, habiendo sido asumido también en el art. 212 CP, conforme al cual en los casos en los que la propagación tenga lugar por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante "será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria".

13. Internet y los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor

La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información está generando sin duda innumerables ventajas, en todos los ámbitos de la vida. Sin embargo son también evidentes las posibilidades de que su uso desemboque en comportamientos antijurídicos. Entre estos comportamientos antijurídicos por lo que ahora interesa debe ponerse el acento en los ataques a los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor a través del contenido de páginas web.

El art. 8.1 de la Ley 34/2002 de 11 de Julio de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI) dispone que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que la ley recoge, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Entre tales principios en la letra d) se incluye el de la protección de la juventud y de la infancia.

Universidad Pontificia de Salamanca

Aparte de la responsabilidad propia del autor y titular de la pagina web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor deberán tener presente los Sres. Fiscales que la LSSI establece también las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando (arts. 11 y 14 a 16 LSSI).

La LSSI parte del principio de no imponer a los prestadores de servicios la obligación de realizar actividades de control y supervisión de los datos que se transmiten o se almacenan, teniendo en cuenta que cuantitativamente son ingentes. Como contrapeso, simultáneamente se les impone a estos prestadores un deber de colaboración para evitar la comisión de delitos o actividades ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando el acceso de aquella información que sea así calificada con la debida diligencia. Estos principios ya se contenían en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. Esta misma Directiva también establecía como objetivo prioritario el de garantizar un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, en especial, la protección de los menores y la dignidad humana.

A tales efectos, los Sres. Fiscales, cuando dentro del ámbito de aplicación de la LSSI, tengan conocimiento de la existencia de una página web con contenidos que exijan el ejercicio de acciones conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996, en el curso de las Diligencias que incoen, se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándole los contenidos que se estiman antijurídicos y advirtiéndole que de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor. De no atenderse al requerimiento, la demanda que en su caso se interponga podrá dirigirse además de contra el autor y titular de la pagina web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, contra el prestador del servicio.

14. Conclusiones

1º El art. 4.2 de la LO 1/96 prevé la legitimación directa y autónoma del Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte para proteger los derechos de los menores al honor, la intimidad y la propia imagen en los casos en que la inmisión se produzca a través de un medio de comunicación. El Fiscal no tiene una posición de subsidiariedad sino que podrá actuar aun cuando el menor esté representado por sus progenitores, incluso aun contra la voluntad de éstos o del menor.

2º Esta amplia legitimación deberá en todo caso utilizarse con prudencia,

Universidad Pontificia de Salamanca

ponderando todos los intereses en conflicto. Especialmente habrá de valorarse si la intromisión ha contado o no con el consentimiento del menor maduro o de los progenitores del menor no maduro. Deberá también valorarse si pese a tratarse de una intromisión no consentida, el menor maduro o sus representantes legales se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos.

Habrá de ser excepción la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que -sin que concurra conflicto de intereses con el menor- sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo.

3º El tratamiento informativo del menor debe inspirarse en el principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente el superior interés del menor, que además y conforme al art. 2 de la LO 1/1996 debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

4º Cuando los hechos en los que se vea inmerso el menor sean asuntos públicos de interés estará justificada la difusión de la noticia, pero con la adopción de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias para evitar que el mismo se vea perjudicado (no incluir el nombre ni la imagen, o distorsionar su rostro de modo que sea imposible su identificación, no aportar datos periféricos que puedan identificarlo, etc.).

5º Especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima habrán de ser los señores Fiscales cuando además de ser ésta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual. Habrán de considerarse en estos supuestos antijurídicos no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales al menor que sean aptos para facilitar su identificación.

6º En el bien entendido que se trata ésta de una materia casuística por definición, en la que consiguientemente cada caso concreto habrá de resolverse mediante la técnica de ponderación, pueden darse los siguientes criterios generales:

1) La difusión de la imagen de un menor en un medio de comunicación exige contar con el consentimiento del menor maduro o de sus representantes legales.

2) Aún contando con los preceptivos consentimientos, si la difusión de la identidad o de la imagen del menor puede considerarse contraria a sus in-

Universidad Pontificia de Salamanca

tereses, la intromisión será en principio ilegítima.

3) No procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante emisión de programas o la publicación de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensión pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicación excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos.

Tampoco procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la información principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos.

4) Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado.

7º Los Sres. Fiscales habrán de partir de que los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores. Estos menores tienen derecho al mismo grado de protección que cualquier otro menor frente a la curiosidad ajena.

La reproducción de imágenes de menores en compañía de sus padres-personajes públicos debe también contar para que sea ajustada a Derecho con el consentimiento de los representantes legales o del menor maduro.

El acoso, abordaje o seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje público cuando el mismo está acompañado de sus hijos menores en ámbitos de la vida privada puede ser en sí gravemente lesivo para los mismos y por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor, aunque la imagen captada no llegue a ser reproducida o publicada o se publique utilizando mecanismos de distorsión.

8º En principio, cuando los menores puedan por sí considerarse personas públicas o con notoriedad pública, el derecho a la intimidad y a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público. Pero incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que la misma sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana y privada del menor o que estuvieran acompañados de actos de acoso o seguimiento lesivos para su intimidad.

9º Los Sres. Fiscales podrán incoar diligencias preprocesales como soporte para realizar actuaciones preparato-

Universidad Pontificia de Salamanca

rias a la presentación de una demanda civil, para recabar los datos que consideren de interés para prepararla o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse. Este cauce será también el adecuado para oír al menor y/o a los progenitores, cuando proceda, para valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de acciones.

10º Habrán de entender los Sres. Fiscales que la competencia vendrá dada por el domicilio del menor afectado por la información. En los supuestos en los que este criterio no sea aplicable, la regla subsidiaria para determinar la competencia será la del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental. Habrá, pues, de presentar la demanda la Fiscalía del domicilio del menor y en su defecto, la del lugar en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión.

11º Respecto de la indemnización que en su caso se solicite habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados deberán interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los menores impone nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atendrán, en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 15 de marzo de 2006

El Fsical General del Estado

Excmos. e Ilmos Sres. Fiscales Jefes

Universidad Pontificia de Salamanca